

## « Le dialogue juge - arbitre dans la création et l'application de normes juridiques »

Martial PERNET

Doctorant - Laboratoire CREDIMI  
Chargé d'enseignements  
Université de Bourgogne – Franche-Comté

### Introduction :

1. L'arbitrage, est souvent défini comme étant ce mode amiable de règlement des différends tenant son pouvoir de juger de parties en désaccord qui, conventionnellement, décident de ne pas recourir à la justice étatique<sup>1</sup>. Or, dès cette définition des néophytes en la matière peuvent être amenés à se questionner quant à la pertinence d'une étude des rapports qu'entretiennent les juges étatiques d'avec des personnes privées investies du pouvoir de juger : les arbitres. L'intitulé de cette communication tient effectivement à l'étude du « *dialogue entre juges et arbitres* » et à « *l'application de normes juridiques* » alors que ce *workshop* est dédié au « *dialogue entre juges* » et à la « *création judiciaire du droit* ». Ce sentiment erroné reviendrait à ne pas considérer les arbitres comme de véritables juges puisque ne relevant pas de la justice étatique, et puisque appliquant parfois des règles d'essence privée en lieu et place du droit au sens Kelsenien du terme.

2. Aussi, il conviendra de déconstruire, de manière très succincte dans cette introduction, ces quelques préjugés trop souvent partagés afin de réaffirmer au préalable le fait que les arbitres sont de véritables juges, fussent-ils d'une investiture privée (2) ; et que ces derniers procèdent historiquement d'une véritable justice, fut-elle arbitrale (1). Ceci, afin de mieux s'attarder ensuite sur le processus d'une création judiciaire de normes juridiques issues d'un dialogue entre ces juges.

#### 1. L'arbitrage : une véritable justice.

3. Rappelons en premier lieu que l'arbitrage doit être considéré comme une véritable source de justice.

Sans s'en remettre à une étude poussée de l'avènement historique de l'arbitrage<sup>2</sup>, notons simplement dans un premier temps que l'institution arbitrale fut bien antérieure à la justice

---

<sup>1</sup> CORNU, G. (dir). Vocabulaire juridique, Paris, Quadriga-P.U.F., p. 69.

<sup>2</sup> En ce sens, cf. par ex. HUVELIN, P-L. *Essai historique sur le droit des marchés et des foires*, Paris, A. Rousseau, 1897, p. 390 *sqq.* ; BART, J. « La *lex mercatoria* au moyen âge : Mythe ou réalité ? », in *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du 20<sup>ème</sup> siècle ; A propos de 30 ans de recherche du CREDIMI, Mélanges en l'honneur de Philippe Kahn*, 2000, p. 9 *sqq.* ; DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce*

publique<sup>3</sup>. Ainsi, la justice arbitrale internationale se serait-elle développée en marge des pouvoirs publics dès la période antique<sup>4</sup>, mais plus encore pendant l'époque Moyenâgeuse. À cette époque les caravanes qui parcourent les routes commerciales vont régler entre-elles leurs différends et faire s'installer l'idée selon laquelle les marchands se jugent entre eux et selon leur propre droit, un droit issu de la pratique des commerçants, et non du souverain en place : le *jus mercatorum*<sup>5</sup>.

4. Progressivement cependant une « nationalisation »<sup>6</sup> de l'arbitrage et de ses règles privées va s'opérer<sup>7</sup> au fur et à mesure que les États-Nation vont s'affirmer<sup>8</sup>. L'arbitrage sera alors pris par les deux mâchoires d'un même étau conduisant à ce mouvement de nationalisation :

Tout d'abord, l'accaparement du droit commercial par le souverain tendra à ne plus raisonner en termes de *jus mercatorum* unifié, mais en fonction de règles<sup>9</sup> commerciales balkanisées et porteuses de conflit de lois entre les ordres juridiques. La conséquence en sera une « intégration [... inéluctable] de l'arbitrage dans l'organisation judiciaire étatique »<sup>10</sup>.

Ensuite, par l'idée que la justice procède uniquement d'un monopole d'État<sup>11</sup>, niant ainsi à l'arbitrage sa qualité de *Justice* à part entière. Or, si « nous nous sommes accoutumés depuis longtemps à considérer la fonction juridictionnelle comme une fonction strictement liée au pouvoir public »<sup>12</sup>, ce positionnement selon lequel la justice est par principe rendue par le

---

internationale, Paris, Économica, 1982, p. 71 *sqq.* ; RUBELLIN – DEVICHI, J. *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1965, p. 18 *sqq.*

<sup>3</sup> DAVID, R. *L'arbitrage dans le commerce international*, *op. cit.*, p. 31.

<sup>4</sup> VELISSAROPOULOS – KAKAROSTAS, J. « L'arbitrage dans la Grèce antique, époque archaïque et classique », *Rev. Arb.*, 2000, p. 20.

<sup>5</sup> En ce sens : LAMBERT, É. « Source du droit comparé ou supranational. Législation uniforme et jurisprudence comparative, in *Recueil d'étude sur les sources du droit en l'honneur de François Gény*, Paris, Duchemin, Tome III, p. 478 à 504. Ce « droit corporatif » serait « né de la seule force des faits économiques et sans aucune consécration d'autorités étatiques territoriales » et se serait répandu « librement au dessus des frontières, des États et des nationalités » au point d'en devenir identique sur les grandes places de foires.

<sup>6</sup> Cf. not. GALLAUX, T. *La « dénationalisation » de l'arbitrage commercial international*, Thèse, Paris II, 1998, 882 p.

<sup>7</sup> HILAIRE, J. *Introduction historique au droit commercial*, Paris, P.U.F., 1986, p. 65 *sqq.*

<sup>8</sup> BART, J. « *Lex Mercatoria* au Moyen-âge, mythe ou réalité ? ». *op. cit.*, p. 22.

<sup>9</sup> BEGUIN, J. (dir.) MENJUCQ, M. (dir.) *et al. Droit du commerce international*, Paris, LexisNexis, 2006, p. 11.

<sup>10</sup> GALLAUX, T. *La « dénationalisation » de l'arbitrage commercial international*, Thèse, Paris II, 1998, p. 5.

<sup>11</sup> Cf. not. NIBOYET, J-H P. *Traité de droit international privé français ; Le conflit des autorités, le conflit des juridictions*, Paris, Tome VI, Vol. II, S., 1950, p. 7. : « Sur le territoire Français, seule la France peut rendre la justice ».

<sup>12</sup> FRAGISTAS, C. N. « Arbitrage étranger et arbitrage international en droit privé », *R.C.D.I.P.*, n°1, 1960, p. 1 – 20.

juge public relève en réalité d'un postulat sans fondement. Cette vision s'est opérée du fait que l'État a progressivement construit une dissociation du juste et de la *Justice* qui, elle, sera considérée comme un attribut du pouvoir politique<sup>13</sup>. Or, avant de s'élever au rang de *concept organique*<sup>14</sup>, l'idée de « *Justice* » n'était qu'un simple *adjectif*. De fait alors, originellement, le concept de *Justice* doit être vu comme « *englob[ant] toutes les voies qui permettent de l'atteindre* », y compris l'arbitrage.

5. L'arbitrage serait donc la forme la plus naturelle<sup>15</sup>, la plus primitive, de *Justice*. Il en découle ainsi que « *le pouvoir juridictionnel [ne serait] pas un dérivé du pouvoir de l'autorité publique* »<sup>16</sup>, et que l'arbitre serait bien à l'égal du juge détenteur de *jurisdictio*. Cette *Justice* arbitrale ne tirerait pour ainsi dire aucunement ses pouvoirs d'une délégation de la justice étatique<sup>17</sup> mais de la seule convention des parties<sup>18</sup>, sans qu'une référence à l'ordre juridique d'un État ne soit nécessaire<sup>19</sup>.

## 2. L'arbitre : un véritable juge.

6. Ces justices privées et publiques ont toujours cohabitées, il serait donc « *téméraire d'affirmer que l'arbitre a précédé le juge* »<sup>20</sup> et que l'un domine aujourd'hui l'autre. Mais afin qu'il y ait dialogue entre ces deux justices encore faut-il que l'arbitre puisse être considéré comme un véritable juge « *privé* »<sup>21</sup>, qu'il dispose du pouvoir de juger.

---

<sup>13</sup> Cf. not. ATIAS, C. « Pouvoir et autorité judiciaires », S., 1992, Chronique, p. 180.

<sup>14</sup> OPPETIT, B. *Théorie de l'arbitrage*, Paris, P.U.F., 1998, p. 23.

<sup>15</sup> FRANCESCAKIS, P. « Droit naturel et droit international privé », *Mélanges offerts à Jacques Maury*, Tome I, Paris, Dalloz, 1960, p. 113 *sqq.*

<sup>16</sup> RACINE, J-B. « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage international », *Revue de l'arbitrage*, 2005, p. 347.

<sup>17</sup> *Contra.*, NIBOYET, J-H P. *op. cit.*, p. 135 : « *L'arbitre rend la justice ; or, rendre la justice est toujours une émanation de la souveraineté locale. Chaque pays décide à quelles conditions la justice arbitrale peut-être rendue sur son territoire et faire échec à la compétence de ses tribunaux. Les arbitres rendent alors la justice par délégation du souverain territorial [...].* » ; OPPETIT, B. « Justice étatique et justice arbitrale », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 418 – 419.

<sup>18</sup> Déjà : BALLADORE – PALLIERI, G. « L'arbitrage privé dans les rapports internationaux », *R.C.D.A.I.*, 1935, Tome I, p. 287 – 401 : « *Nulle part les arbitres ne reçoivent de l'État même le pouvoir de statuer sur le litige et n'apparaissent comme des organes de l'État. [...] Les organes de l'État qui rendent la sentence le font au nom de l'État [...], la source d'où découlent leurs pouvoirs. Mais les arbitres rendent dans tous les États leurs sentences en tant que particuliers* »

<sup>19</sup> RACINE, J-B. « Réflexion sur l'autonomie de l'arbitrage international », *op. cit.*, p. 350.

<sup>20</sup> LOQUIN, É. « Arbitrage – Aperçu historique – Aperçu de droit comparé », *J – Cl. Proc. Civ.*, fasc. 1010, 3 Avr. 2013, n°1.

<sup>21</sup> MANCIAUX, S. « L'arbitre est un juge » in *Le juge et l'arbitrage – Actes du colloque de Tunis – Vingtième anniversaire du code Tunisien de l'arbitrage*, Paris, Pedone, 2014, p. 31 – 43.

7. Les détracteurs de la reconnaissance du statut « juge privé » opposent souvent le fondement conventionnel de la mission arbitrale, au pouvoir du juger<sup>22</sup> de l'arbitre. Mais cela est oublier que la reconnaissance de cette qualité juridictionnelle est aujourd'hui reconnue par de nombreuses législations. Ainsi l'on, pourrait la déduire de l'article 1478 du code de procédure civile Français qui dispose que « *le tribunal arbitral tranche le litige conformément aux règles de droit [...]* », et de l'article 37 de la *Ley 60/2003* Espagnole qui énonce que « [...] *los árbitros decidirán la controversia en un [...] laudo [...]* ». Seuls de véritables juges peuvent effectivement « trancher » un litige et imposer cette décision aux parties. Une rédaction similaire de ces articles est d'ailleurs observable au sein de la majorité des lois d'arbitrage du monde entier<sup>23</sup>, grâce à l'apport unificateur de la loi type C.N.U.D.C.I.<sup>24</sup> de 1985 amendée en 2006.

Aussi, si l'arbitre dispose tout comme le juge de la *jurisdictio* du fait que la justice arbitrale est à l'égal de la justice étatique, ce pouvoir de dire le droit serait en outre justifié par cette double investiture du pouvoir de juger effectuée tant par les parties que les lois d'arbitrage nationales<sup>25</sup>. Mais ce pouvoir de *jurisdictio* ne suffit pas en réalité à faire de l'arbitre un véritable juge. Ce dernier s'il peut dire le droit, doit nécessairement disposer dans un second temps, du pouvoir d'imposer ces décisions qu'elles soient provisoires, conservatoires ou définitives. En d'autres termes, l'arbitre doit disposer de l'*imperium*.

8. La doctrine a pu démontrer que l'arbitre tout comme le juge dispose de cet *imperium*<sup>26</sup>, avec une réserve néanmoins. En effet, si seul le juge dispose de l'*imperium* pur (*imperium merum*) qui serait cette faculté de contraindre par la force publique à l'exécution d'une décision juridictionnelle, l'arbitre partage avec ce dernier l'*imperium mixtum* issu de

---

<sup>22</sup> Cf. not. HEUZE, V. « Arbitrage international : quelle raison à la déraison », *D.*, 2011, p. 2880 *sqq.* où il postule que « *l'arbitre (c'est-à-dire n'importe qui) n'est pas un juge, [...] sa sentence est non pas une décision de justice mais un acte purement privé et [...] sa mission est de nature, non pas juridictionnelle, mais strictement conventionnelle* ».

<sup>23</sup> Loi type ayant inspiré plus de 75 lois nationales à ce jour selon : C.N.U.D.C.I. (30 Mai 2017), *Status UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration (1985), with amendments as adopted in 2006*, [En ligne]. Adresse URL :

[http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral\\_texts/arbitration/1985Model\\_arbitration\\_status.html](http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/1985Model_arbitration_status.html) . La France ne s'est cependant pas inspirée de la loi type à l'inverse du législateur espagnol.

<sup>24</sup> Cf. article 28 qui dispose en l'espèce : « *Le tribunal tranche le différend conformément aux règles de droit [...]* ».

<sup>25</sup> Sur le débat relatif à la nature mixte de l'arbitrage, cf. : RUBELLIN – DEVICHI, J. *L'arbitrage : nature juridique, droit interne et droit international privé*, op. cit., 412 p.

<sup>26</sup> JARROSSON, Ch. « Réflexions sur l'*imperium* », in *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 245 – 279.

leurs pouvoirs de *jurisdictio* et qui est cette faculté qu'ont ces deux juges d'imposer, par exemple, un temps procédural ou des mesures d'astreintes aux parties. Là encore, la loi type<sup>27</sup> et nos lois nationales (notamment : art. 1468 du C.P.C Français<sup>28</sup> et art. 23 de la *ley de 2003* Espagnole) confirment cette approche.

9. De fait, une fois « fait » juge par les parties, l'arbitre disposerait alors tout comme le juge étatique de la faculté de dicter ses vues à ces dernières. La seule différence d'avec le juge public se situerait en définitive dans cet *imperium* pur permettant de mobiliser la force public. Mais ce manque serait comblé par une facilitation toujours plus grande de la reconnaissance des sentences arbitrales par des conventions internationales<sup>29</sup> et par un dialogue en constant accroissement entre ces juges<sup>30</sup> dans l'application de leurs normes, tel que nous allons le voir.

10. En définitive, juge et arbitre, semblent donc bien être les organes issus de deux systèmes différents. Notre sujet d'étude va donc nous porter à étudier la question de savoir comment le dialogue entre ces deux organes judiciaires fut amené à être créateur de règles juridiques, et de quelles règles il est question (I). Afin d'être complet, il conviendra ensuite de se questionner sur la manière dont ce dialogue judiciaire a permis une application favorable de ces normes juridiques par les juges (II).

#### I. Un dialogue arbitre - juge, créateur de normes juridiques.

Si juges et arbitres disposent tous deux de la faculté de juger tel que nous avons pu l'envisager, encore faut-il que des conditions de répartition des compétences - prémices à un dialogue - soient mises en place (A) avant qu'une création normative puisse émerger (B)

##### A. L'avènement d'une répartition judiciaire préalable à la création de normes juridiques.

---

<sup>27</sup> Cf. art. 17 *sqq.* de la loi type de 2006.

<sup>28</sup> Depuis le décret n° 2011- 48 du 13/11/2011 réformant les dispositions relatives à l'arbitrage en France, cet article permet d'enjoindre aux parties des mesures conservatoires ou provisoires ce qui conférerait selon certains un « quasi imperium » à l'arbitre. En ce sens : LOQUIN, É. « Arbitrage – Définition – Nature juridique – Distinction avec d'autres institutions, *J – Cl Proc. Civ.*, Fasc. 1005, 30 Janvier 2013, 102.

<sup>29</sup> Cf. principalement : Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 Juin 1958 ; Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, conclue à Washington, le 18 Mars 1965 ; Traité relatif à l'harmonisation en Afrique du droit des affaires, Adopté à Port-Louis, le 17 Octobre 1993 (Révisé le 17/10/2008).

<sup>30</sup> Sur l'institution du juge d'appui : LOQUIN, É. « Le juge et l'arbitre », in *Le juge et l'arbitrage [...], op. cit.*, p. 19 – 30.

11. On l'a vu les juridictions étatiques ont longtemps été mises en situation de prévalence vis-à-vis de l'arbitrage international. Aussi, la doctrine et la jurisprudence arbitrale internationale vont chercher dans un premier temps à échapper aux carcans des législations nationales qui appliquaient le principe de territorialité<sup>31</sup> à l'arbitrage, c'est-à-dire le principe selon lequel l'arbitrage international s'inscrivait dans l'ordre juridique de l'État hôte de l'arbitrage. L'arbitre devant dans cet esprit respecter l'ensemble de ces règles substantielles et procédurales du siège de l'arbitrage, il est effectivement évident que seul un monologue de la part du juge envers l'arbitre pouvait à cette époque prospérer.

La vision de l'arbitrage international changeant avec la mondialisation, et la justice arbitrale devenant le mode normal de règlement des litiges commerciaux internationaux, l'*a priori* négatif accompagnant l'arbitrage va progressivement s'effacer. Ce changement sera d'ailleurs accompagné par les juges étatiques devenus sensibles aux appels d'une doctrine<sup>32</sup> (constituée d'arbitres et praticiens de l'arbitrage) tendant à la recherche de plus d'autonomie. Il est effectivement évident que ce n'est que par une autonomisation de la compétence de l'arbitre vis-à-vis du juge, qu'un duo juge – arbitre, créateur règles de droit, va pouvoir se mettre en place.

12. L'amorce de ce mouvement d'autonomisation jurisprudentiel étatique, bien connu des spécialistes de l'arbitrage, s'est ainsi effectuée en trois temps.

Dans un premier temps, les juges français ont reconnu au profit des arbitres et en dehors de toute législation nationale leur faculté de statuer sur leur propre compétence en cas de contestation d'une partie d'un recours à l'arbitrage<sup>33</sup>. Ce principe *kompetenz-kompetenz*<sup>34</sup>, sera plus tard augmenté de son effet négatif en France<sup>35</sup> qui, à l'inverse du droit Espagnol

---

<sup>31</sup> LOQUIN, É. « Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON. Droit comparé de l'arbitrage international », *Revue Internationale de Droit Comparé*, vol. 56, n° 3, 2004, p. 746 – 749 ; BESSON, S. « L'importance du siège de l'arbitrage », *revista brasileira de arbitragem*, n° 13, 2007, p. 107 – 115 ; et surtout : POUDRET, J-F. BESSON, S. *Droit comparé de l'arbitrage international*, Zurich – Bâle – Genève, Schulthess, 2002, 1179 p.

<sup>32</sup> Cf. déjà : FOUCHARD, Ph. *L'arbitrage commercial international*, Paris, Dalloz, 1965, p. 54 : « la convention arbitrale, dans le commerce international, sera [...] l'instrument premier de l'autonomie que le milieu cherche[ra] à obtenir vis-à-vis des cadres juridiques » ; et plus loin sur le sujet à cette époque : FOUCHARD, Ph. « L'autonomie de l'arbitrage commercial international », *Rev. Arb.*, 1965, p. 99 – 120.

<sup>33</sup> Cass. (Ch. Com.), 22 Fév. 1949, « Caulliez », *J.C.P.*, 1949, II, 4899, obs. MOTULSKY, H. : « [...] toute juridiction même d'exception, étant juge de sa propre compétence, les arbitres ont le pouvoir et le devoir de vérifier si [...] ils sont compétents pour connaître du différend qui leur est soumis ».

<sup>34</sup> DIMOLITSA, A. « Autonomie et « Kompetenz-Kompetenz » », *Rev. Arb.*, n° 2, 1998, p. 305 – 358.

<sup>35</sup> Mais aussi : L.D.I.P., art. 7 ; Arbitration Act 1996, art. 9 ; art. 1679 du Code Jud. Belge ; Depuis 2011 : art. 1448 du Code de Proc. Civ. ; Règlement d'arbitrage C.N.U.D.C.I., art. 23 al. 1 ; Loi type C.N.U.D.C.I., art. 8 ;

notamment<sup>36</sup>, va interdire par principe au juge de connaître de la compétence de l'arbitre dès lors que le tribunal arbitral est constitué, charge à lui de renvoyer les parties à se pourvoir devant le tribunal arbitral adéquat : un dialogue vient donc de naître !

De plus, et dans un second temps, les conditions de ce dialogue vont aussi pouvoir être recherchées, toujours dans la jurisprudence française, et plus spécifiquement dans l'arrêt « *Gosset* »<sup>37</sup> qui a consacré l'autonomie d'une convention d'arbitrage insérée par une clause au sein d'un contrat. Outre le fait qu'elle renforce cette idée de répartition des compétences entre juge et arbitre – répartition nécessairement préalable à un dialogue – les juges étatiques, en détachant la clause d'arbitrage du contrat principal vont par là s'interdire totalement de la faculté de remettre en cause le pouvoir de juger de l'arbitre. En d'autres termes, ils ne pourront plus saper le fondement même de l'arbitrage (à savoir la convention) et ainsi remettre en cause l'utilité du principe *kompetenz-kompetenz*, sur la base d'une annulation pure et simple du contrat de base.

Enfin, le dernier verrou à avoir été forcé en vue d'un établissement pérenne de ce dialogue fut celui de l'amoindrissement l'inarbitrabilité<sup>38</sup> des litiges. Progressivement, le juge va effectivement se retirer<sup>39</sup> du contrôle au fond des sentences arbitrales, ce qui donnera naissance à une *favor arbitrandum* démonstratrice d'une confiance manifeste en la justice arbitrale<sup>40</sup>, autre condition essentielle à la pérennité d'un dialogue que nous aborderons plus loin.

13. Il est intéressant de constater par ailleurs que ces créations jurisprudentielles Françaises, sous l'impulsion de la doctrine et la jurisprudence arbitrale, ont par la suite essaimé à travers le monde. Si le législateur Français a pour sa part directement intégré ces

---

Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères, conclue à New York, le 10 Juin 1958, *op. cit.*, art. II, al. 3.

<sup>36</sup> Cf. les interprétations faites de l'art 1032 al.2 du ZPO allemand, mais aussi semble-t-il de la lettre de l'art. 22 al. 1 de la *Ley de 2003*, ou de l'art. 16 de la loi type C.N.U.D.C.I.

<sup>37</sup> Cass. (1ère Ch. Civ.), 7 mai 1963, « *Gosset c/ Carapelli* », *J.C.P.*, 1963, vol. II, p. 13405, Obs. GOLDMAN, B. ; *Rev. Arb.*, 1963, p.60 ; *J.D.I.*, 1964, p.82 : « *en matière d'arbitrage international, l'accord compromissaire, qu'il soit conclu séparément ou inclus dans l'acte juridique auquel il a trait, présente toujours [...] une complète autonomie juridique, excluant qu'il puisse être affecté par une éventuelle invalidité de cet acte* »

<sup>38</sup> RAVILLON, L. « Que reste-t-il du concept d'inarbitrabilité ? », in *L'ordre public et l'arbitrage*, Dijon, LexisNexis, 2014, p. 57 – 77.

<sup>39</sup> Pour les toutes premières amorces : cf. C.A. Paris (Ch. Civ. 14<sup>ème</sup>), 10 Avr. 1957, « *Myrthon Steamship* », *R.C.D.I.P.*, p. 17 ; Cass. (Ch. Civ. 1<sup>ère</sup>), 14 Avr. 1964, « *San Carlo* », *R.C.D.I.P.*, 1966 p. 68. ; Cass. (Ch. Civ. 1<sup>ère</sup>), 2 mai 1966, « *Galakis* », *J.D.I.*, 1966, p.648, obs. LEVEL, P.

<sup>40</sup> Sur ce sujet : HANOTIAU, B. « L'arbitrabilité et la *favor arbitrandum* : un réexamen », *J.D.I.*, 1994, p. 899 *sqq.*

dispositions par les décrets de 1980 et 1981, il fallu attendre l'adoption de ces principes par la « *soft Law* » - ce droit non contraignant représenté en matière arbitrale par la loi type C.N.U.D.C.I. de 1985 - avant qu'ils ne s'incorporent dans le « *hard law* » constitué des législations nationales. Ainsi les conséquences de ce dialogue qui a eu lieu entre juge français et arbitres internationaux sont aujourd'hui perceptibles dans la loi d'arbitrage espagnole où figure par exemple le principe *kompetenz-kompetenz* mais aussi celui du principe de l'autonomie de la clause d'arbitrage en son article 22 al.1.

14. Au final on le voit, des attentes de la justice arbitrale furent créées des règles découvertes par le juge étatique, puis consacrées par les différentes législations. Règles, qui au fur et à mesure qu'elles sont apparues ont installé les conditions d'un dialogue non plus du juge avec l'arbitre, mais de l'arbitre avec le juge. Conditions favorables à une création normative tel que nous allons le constater dès à présent.

B. La création d'une *lex mercatoria* par l'arbitre sur la base de principes communément appliqués par les juges.

15. Nous l'avons déjà évoqué, dès les temps Moyenâgeux va naître l'apparition d'un droit propre issu de la pratique commerciale et intégré par la suite aux législations nationales avant de tomber dans l'oubli, le *jus mercatorum*<sup>41</sup>.

La redécouverte de cette idée d'un droit de la « *communauté internationale d'hommes d'affaires* »<sup>42</sup> va intervenir dans notre époque contemporaine grâce à la mondialisation grâce à un triptyque d'acteurs constitué de la doctrine, des tribunaux arbitraux, dans un dialogue avec les juridictions nationales.

16. Notons tout d'abord que, dans les premières analyses de la redécouverte de ce droit des marchands (ou « *lex mercatoria* »), une tendance maladroite de certains auteurs<sup>43</sup> fut de théoriser cette construction normative mercatique spontanée en une simple liste d'une

---

<sup>41</sup> STERN, B. « Lex mercatoria et arbitrage international. À propos des mélanges GOLDMAN », *Rev. Arb.*, 1983, p. 448 *sqq.*

<sup>42</sup> ISHIZAKI, V. M., Le droit corporatif international de la vente des soies : les contrats-types américains et la codification lyonnaise dans leurs rapports avec les usages des autres places, T. 1, Paris, M. Girard, Coll. « Bibliothèque de l'institut de droit comparé de Lyon », vol. 18, 1928, 344 p.

<sup>43</sup> MUSTILL, M. J., « The New Lex Mercatoria: the First Twenty-Five Years », in BOS, M. BROWNLIE, I., *Liber Amicorum for the Right Honorable Lord Wilberforce*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 14, et 9 ; *cf.* aussi, in *Arbitration International*, 1988, p. 86 – 119: tel que les principes « *pacta sunt servanda* », « *rebus sic santibus* », la bonne foi, la limitation aux dommages prévisibles,...), sorte de bilan de l'époque relativement à l'approche mercatoriste.



vingtaine de principes généraux et d'usages communément appliqués par les arbitres. Or, outre la pauvreté de la constitution d'une telle liste face à la diversité de nos ordres juridiques, une pareille édification a pour désavantage de figer l'évolution d'un tel corpus de règles. Aussi, une analyse plus fine<sup>44</sup> issue des travaux de l'école de Dijon fut proposée.

Il s'agira toujours ici d'un droit créé « *en marge des cadres et des autorités étatiques* »<sup>45</sup> constitué d'usages, règles, principes généraux et règles coutumières a-nationales, internes ou internationales, mais auquel l'on ajoutera une idée de « *répétition* ». C'est la régularité dans l'utilisation de règles par les juridictions étatiques, arbitrales ou la pratique qui va justifier que l'on « *élève progressivement au rang d'institutions coutumières* »<sup>46</sup> certaines des règles appliquées par les opérateurs du commerce international, ou les arbitres. Aussi, le contenu de la *lex mercatoria* n'est dans ce cas pas figé puisqu'elle se base sur une « *méthode et non de la consultation d'une liste* »<sup>47</sup>. De fait, juges et arbitres vont jouer un rôle majeur dans la découverte des principes résultant de la convergence de l'activité juridique des États afin de permettre ainsi la création de véritables règles mercatoristes qui « *n'appartiennent en propre à aucun [des États]* », mais en même temps à tous.

Si la construction de ce droit mercatique et a-étatique est intervenu principalement par la justice arbitrale, c'est par les juridictions nationales<sup>48</sup> et arbitrales<sup>49</sup>, mais surtout les conventions internationales<sup>50</sup> ou les législations nationales<sup>51</sup> que sa consécration est intervenue. Ces dernières, dans le droit fil du mouvement d'autonomisation de l'arbitrage

---

<sup>44</sup> Cf. not. : GOLDMAN, B. « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : Réalités et perspectives », *J.D.I.*, 1979, p.487 ; GOLDMAN, B. « Frontière du droit et *lex mercatoria* », *Archives de philosophie du droit*, 1964, p. 188.

<sup>45</sup> FOUCHARD, Ph. *L'arbitrage commercial international*, op. cit., p. 402.

<sup>46</sup> LATTY, F. *La lex Sportiva : Recherche sur le droit transnational*, Leiden – Boston, Martinus Nijhoff Publishers, Coll. « Études de droit international », 2007, p. 323 sqq ; RIGOZZI, A. *L'arbitrage international en matière de sport*, Bâle – Bruxelles – Paris, Bruylant – L.G.D.J. – Helbing & Lichtenhahn, 2005, p. 76 sqq.

<sup>47</sup> GAILLARD, É. « Aspects philosophique du droit de l'arbitrage », op. cit., n° 62.

<sup>48</sup> Sur une appréciation du système juridique de la *lex mercatoria* par les cours françaises : Cass. (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 09 Oct. 1984, « *Norsolor c/ Pabalk* », *Rev. Arb.* 1985, p.431, obs. GOLDMAN, B. ; Cass. (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 22 Oct. 1991, « *Sté Valenciana de Cementos Portland c/ sté Primary Coal* », *Rev. Arb.*, 1992, obs. LAGARDE, P.

<sup>49</sup> Sentence C.C.I., n°3357, 1981, *J.D.I.*, 1982, n° 109, p. 971 sqq., Obs. DERAIS, Y. : « *La clause d'amiable composition donne à l'arbitre les moyens de limiter l'emprise du droit sur le litige au profit d'autres facteurs, et permet de soustraire des situations de fait, qui, dans une saine politique commerciale, méritent des traitements différents de l'application de règles juridiques* »

<sup>50</sup> Sur la base du pouvoir d'amiable compositeur des arbitres, cf. not. : Art. 7 de la Convention Européenne sur l'arbitrage commercial international, Genève, le 21 Avril 1961.

<sup>51</sup> Cf. par ex. : Art. 1478 du C.P.C. Français ; Art. 34 al. 1. de la *Ley de 2003 Espagnole*.

évoqué plus haut, ont reconnu la faculté de l'arbitre d'appliquer non pas « le droit » au sens strict mais « *des règles de droit* », et donc en creux l'application de la *lex mercatoria*<sup>52</sup>.

Mais alors en quoi cette *lex mercatoria* créée doit-elle obligatoirement procéder d'un dialogue entre les juges ?

1. La prise en compte du juge étatique dans l'utilisation de la *lex mercatoria* par l'arbitre.

17. La réponse à cette question procède d'une pure logique. Nous l'avons évoqué dans nos propos introductifs, l'arbitre ne dispose pas de cet *imperium* pur, permettant de requérir l'exécution forcée de la sentence arbitrale en cas d'inexécution spontanée des parties. Aussi, s'il ne veut pas que sa sentence demeure un « bout de papier » du fait d'une absence d'exequatur et/ou d'un recours en annulation devant les tribunaux étatiques, l'arbitre se devra de respecter *a minima* les règles relevant de l'ordre public des États disposants d'un lien avec la sentence (État du siège du tribunal arbitral, État(s) d'accueil de la sentence arbitrale notamment).

En effet, l'utilisation des principes de la *lex mercatoria* à une espèce ne pourra prospérer que si les règles découvertes n'ont pas « choqué » auparavant les principes essentiels défendus par la majorité des juridictions nationales. Ainsi, la validation d'une règle ne pourra être définitivement consacrée que si le principe général hissé au rang de règle transnationale a passé en quelque sorte le test de l'« interrogation » d'une majorité des systèmes normatifs<sup>53</sup>. Or, ce test n'interviendra *in fine* que par la reconnaissance par les juges étatiques, de l'application de principes dégagés par les arbitres à l'occasion de la reconnaissance ou l'annulation d'une sentence arbitrale par exemple.

18. Ainsi du fait des ordres publics étatiques, l'arbitre se devra de rechercher un dialogue constructif avec le juge en vue de voir ces sentences contenant des règles mercatoristes appliquées, et au besoin de recourir à la force publique. Mais depuis quelques décennies, un effet miroir est à observer.

2. La prise en compte de l'application arbitrale de la *lex mercatoria* par le juge étatique.

---

<sup>52</sup> Application possible par le rendu d'une sentence arbitrale en équité cependant. Sur la question : LOQUIN, É. « Les pouvoirs des arbitres internationaux à la lumière des évolutions récentes du droit de l'arbitrage international », *J.D.I.*, n°1, 1983, p. 293 – 345.

<sup>53</sup> GAILLARD, É. « Trente ans de *lex mercatoria* : pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit », *J.D.I.*, 1995, vol. 1, p. 26.

19. Les relations entre les justices étatiques et arbitrales étant aujourd'hui dépassionnées, les juges étatiques confient de plus en plus le contrôle du respect de leurs ordres publics aux arbitres. De fait, et nous l'avons déjà évoqué<sup>54</sup>, les juges vont confier à l'arbitre un champ toujours plus élargi du contrôle de leurs ordres publics au profit d'un recul de l'inarbitrabilité. Ainsi, le droit de la concurrence<sup>55</sup> est-il par exemple tombé dernièrement dans le champ des matières arbitrables.

20. Ce recul de l'inarbitrabilité va de plus être encouragé par certains juges étatiques qui ne vont contrôler que très sommairement les sentences arbitrales lors de leur réception dans leur ordre juridique au stade de l'annulation ou de l'exéquatur de la sentence. En France par exemple, les juges ont affirmé, au-delà des prescriptions légales par la jurisprudence « *Thales* »<sup>56</sup>, qu'ils ne contrôlèrent que les seules irrégularités qui « *crèvent les yeux* », faisant par-là pleine confiance aux arbitres dans la défense de leur ordre public. Les juges Espagnols semblent d'ailleurs, eux aussi, se diriger vers un tel contrôle restreint de leur ordre public<sup>57</sup>.

21. Ainsi donc on le constate, les juges n'ont cessé de reconnaître l'étendue des pouvoirs normatifs (par la *lex mercatoria*) et juridictionnels (par une large acceptation de leur sentences et l'ouverture de l'ordre public étatique) des arbitres du fait d'un dialogue basé sur la confiance en l'arbitrage.

Cette confiance étant d'ailleurs telle, que les juges eux-mêmes vont à plusieurs reprises se laisser prendre à l'application de règles mercatoristes dans leurs jugements. Ainsi pouvons-nous le constater avec la référence à un ordre public transnational dans certaines décisions étatiques. En France, la cour de cassation a pu par plusieurs fois, viser un ordre public « *véritablement international et d'application universelle* »<sup>58</sup> : un « *ordre public, sinon universel, du moins commun aux divers ordres juridiques qui protègent les intérêts des*

---

<sup>54</sup> Cf., *supra*, n° 12, *in fine*.

<sup>55</sup> Ainsi concernant l'ouverture des domaines tels qu'en droit de la concurrence par exemple : Cour suprême des Etats-Unis, 2 Juill. 1985, « Mitsubishi », *Rev. Arb.*, 1986, p. 273, obs. ROBERT, J. ; C.J.C.E., 1<sup>er</sup> Juin 1999, C6126-97, *Rev. Arb.*, p. 631, obs. IDOT, L.

<sup>56</sup> C.A. Paris (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 18 Nov. 2004 « SA Thalès Air Défense c/ GIE Euromissile et EADS », *Rev. Arb.* 2005, p. 751 ; *J.D.I.*, 2005, p. 357 obs. MOURRE, A. ; *J.C.P. G.*, 2005, vol. 1, p 134, obs. SERAGLINI, Ch ; *R.C.D.I.P.*, 2006, p.104, obs. BOLLÉE, S.

<sup>57</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. « Contravención al orden público como motivo de anulación del laudo arbitral en la reciente jurisprudencia española », *Arbitraje : revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2015, vol III, n° 3, p. 823 – 852, *not.* p. 831 *sqq.*

<sup>58</sup> C.A. Paris (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 25 Mai 1990, « Société Fougerolle c/ Société Procofrance », *R.C.D.I.P.* , 1990, p. 753.

*personnes associées à la vie des sociétés de capitaux* »<sup>59</sup> et « *l'éthique des affaires internationales telle que conçue par la plus grande partie des États de la communauté internationale* »<sup>60</sup>.

22. De même encore en Suisse où le tribunal fédéral, a pu un temps<sup>61</sup> « *s'appuyer sur une notion universelle de l'ordre public, [... pour reconnaître une sentence] contraire aux principes juridiques ou moraux fondamentaux reconnus dans tous les États civilisés* »<sup>62</sup> lors du contrôle d'une sentence arbitrale.

23. Le juge étatique s'est donc amené ici à appliquer lui-même des règles mercatoristes. Or, tel que nous l'avons constaté, c'est au préalable l'ordre public provenant des États qui a permis de créer un ordre public mercatique transnational du fait d'une application spontanée et régulière. Et c'est ce même droit mercatique qui s'est vu ensuite repris, telle une œuvre jurisprudentielle arbitrale autonome par les juges étatiques<sup>63</sup>, afin de l'appliquer à leur tour.

Ce mouvement circulaire n'est ici pas trompeur : un dialogue créateur de norme est ici patent. Les juges et arbitres étant effectivement amenés à enrichir mutuellement leurs ordres juridiques respectifs.

## II. Un dialogue juge – arbitre, permettant l'application de cette création normative judiciaire.

Si le dialogue juge - arbitre a permis la création d'un droit des marchands, il conviendra de constater en outre que les juges n'hésitent parfois pas à préférer un dialogue avec un arbitre en lieu et place d'un dialogue avec un juge (A). La maturité de leurs relations est d'ailleurs

---

<sup>59</sup> Cass. (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), *J.D.I.*, 1986, p. 159.

<sup>60</sup> C.A. Paris (1<sup>ère</sup> Ch. Civ.), 10 Sept. 1993, « *European Gas Turbines S.A. c/ Westman International Ltd.* », *Rev. Arb.*, 1994, p. 359, obs. BUREAU, D. : *R.C.D.I.P.*, 1994, p. 349, obs. HEUZE, V. ; *R.T.D. Com.*, 1994, p. 703, obs. LOQUIN, É.

<sup>61</sup> Trib. Féd. Suisse, 08 Mars 2006, « *Tensacciai S.P.A. c/ Fressiney Terra Armata S.R.L.* », *Rev. Arb.*, 2006, p. 763 obs. RADICATI DI BROZOLO, L. G. ; *Bull. ASA*, 2006, p. 521, *not.* p. 529 : « *une sentence [doit être vue comme] incompatible avec l'ordre public si elle méconnaît les valeurs essentielles et largement reconnues qui, selon les conceptions prévalant en Suisse, devraient constituer le fondement de tout ordre juridique* » (souligné par nous). Ici, le Tribunal Fédéral semble soumettre la prise en compte de cet ordre public transnational à la condition du respect impératif de ce dernier aux pré-requis imposés par l'ordre juridique Suisse, ce qui amoindrit de fait sa portée.

<sup>62</sup> Trib. Féd. Suisse, 30 Déc. 1994, « *State agency A and State owned Bank B v. Consultant X* » *Bull. ASA.*, 1995, p. 217.

<sup>63</sup> *Contra, cf.* : JACQUET, J.-M. « L'ordre public transnational », *op. cit.*, p. 108 : Il ne serait pas certain que le juge étatique qui se réfère à l'ordre public mercatique ne le fasse pas uniquement pour renforcer un raisonnement qu'il aurait pu tenir de toute façon avec les règles de son propre ordre juridique.

aujourd'hui telle, que le juge est parfois amené à ce mettre au service de l'arbitre par ses pouvoirs d'assistance (B).

A. Une création normative arbitrale rendue à l'égal du droit étatique par le juge.

24. Puisque le juge étatique a pu être parfois tenté d'appliquer les règles transnationales dégagées par l'arbitre et qu'il fut amené à déléguer à l'arbitre l'appréciation du respect de son ordre public, il ne fait alors pas de doute que les normes arbitrales bénéficient d'un statut privilégié face aux des règles issues de l'ordre juridique étatique.

Aussi, un courant doctrinal a pu énoncer dès les années quatre-vingt en France, l'idée que les sentences « *ne sont pas considérées comme des actes appartenant à un ordre juridique donné* »<sup>64</sup>. Cela signifierait alors que les sentences arbitrales ne relèveraient pas de l'ordonnancement juridique d'un État, mais d'un ordre juridique propre à l'arbitrage international, et dont la juridicité pourrait être reconnue<sup>65</sup> dans cette *lex mercatoria*, qui deviendrait en quelque sorte le volet constitutionnel<sup>66</sup> de l'arbitrage international.

25. La jurisprudence française, fut réceptive à cette idée de sentence « *flottante au firmament transnational, connecté avec aucun ordre juridique national* »<sup>67</sup>. Ainsi, et pour ne citer que la célèbre affaire « Hilmarton »<sup>68</sup> bien connue des spécialistes de l'arbitrage international, les juges suprêmes Français ont pu énoncer que « *la sentence rendue en Suisse était une sentence internationale qui n'était pas intégrée dans l'ordre juridique de cet État, de sorte que son existence demeurerait établie malgré son annulation [dans le pays d'origine] et que sa reconnaissance en France n'était pas contraire à l'ordre public international* ». En d'autres termes, cela signifie que le juge de l'État hôte prononçant une annulation ne le ferait que pour son seul État et non sur l'ensemble du globe comme auparavant. Si d'autres décisions Françaises<sup>69</sup>, Autrichienne<sup>70</sup>, Belge<sup>71</sup>, voire Américaine<sup>72</sup> ont pu statuer dans le

---

<sup>64</sup> MAYER, P. « L'insertion de la sentence dans l'ordre juridique français », in DERAIS Y. (dir.), *Droit et la pratique de l'arbitrage international en France*, Paris, F.E.D.U.C.I., 1984, p. 83.

<sup>65</sup> GAILLARD, É. *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage*, Paris, Académie de droit international de La Haye, 2007, 240 p.

<sup>66</sup> GAILLARD, É. « Souveraineté et autonomie : réflexion sur les représentations de l'arbitrage international », *J.D.I.*, Vol. 4, 2007, p. 1166 – 1173.

<sup>67</sup> Cf. : C.A. de Londres, 08 Juin 1984, « bank mellat c/ helliniki technicki S.A. », 1984, *Q.B.*, vol. 1, p. 291 sqq. pour un raisonnement *a contrario*.

<sup>68</sup> Cass. (1ère Ch. Civ.), 23 mars 1994, *J.D.I.*, 1994, p. 701, obs. GAILLARD, É.; *Bull. Civ.*, 1994, I, n°104 ; *Rev. Arb.*, 1994, p. 377, obs. JARROSSON C.; *R.C.D.I.P.*, 1994, p. 356, obs. OPPETIT, B.; *R.T.D. Com.*, 1994, p. 702, obs. DUBARRY J-Cl. et LOQUIN, É.

<sup>69</sup> Cass. (1ère Ch. Civ.) 29 Juin 2007, « Société PT Putrabali Adyamulia c/ société Rena Holding et a. », *J.D.I.*, 2007, Vol. 3, p. 1236, obs. CLAY T. ; *Bull. civ.*, I, n°250 et 251 ; *L.P.A.*, 2007, n°192, p. 20, obs. DE

même sens, notons néanmoins que la majorité des droits, dont le droit Espagnol<sup>73</sup>, ne sont pas réceptif à ce courant de penser, préférant une vision localisatrice de l'arbitrage.

26. Or, la conséquence de cette avancée de l'autonomisation de l'arbitrage dans le cadre du sujet qui nous préoccupe est toute trouvée. En effet, à suivre cette jurisprudence, le juge de l'État d'accueil d'une sentence internationale est prêt à reconnaître cette sentence quand bien même cette dernière serait-elle annulée par la justice du siège du tribunal arbitral, cela au motif qu'elle émane d'un ordre juridique arbitral propre et non de l'ordre juridique du siège.

Aussi, si on a vu que le dialogue juge – arbitre avait mené à la création d'un droit mercatique, il est désormais possible d'affirmer par ces décisions que la reconnaissance d'un ordre juridique propre à l'arbitre sur la base de ce droit dégagé conjointement, peut amener le juge à préférer un dialogue juge – arbitre à un dialogue juge – juge, dans l'application des sentences. Ainsi, cette *lex mercatoria* couplée au respect de l'ordre public transnational correspondant à celui de l'État d'accueil sera préférée au respect d'une décision d'annulation de l'État du siège pouvant être amené à annuler une décision pour des questions d'opportunité ou sur la base d'un motif non partagé par l'État d'accueil.

Ce dialogue juge – arbitre est alors ici l'éclatante confirmation de la normativité de ce droit des marchands, après qu'il en ait été l'instigateur de sa création.

#### B. Un dialogue poussé à son paroxysme : le juge au service de la création judiciaire de l'arbitre.

---

BOISSÉSSON, M. ; *Rev. Arb.*, 2007, p. 507, obs. GAILLARD, É. ; *R.J.D.A.*, 2007, p. 883, obs. ANCEL, J-P. ; *R.T.D. Com.*, 2007, p. 682, obs. LOQUIN, É. ; *R.C.D.I.P.*, 2008, p. 109, obs. BOLLÉE, S. ; *J.C.P. G.*, 2006, I, 216, §7, obs. SERAGLINI, Ch. ; *D.*, 2008, p.189, obs. CLAY, T. ; *Gaz. Pal.*, 21/22 Nov. 2007, *Cah. Arb.*, p. 2, obs. PINSOLLE, Ph. ; *Gaz. Pal.*, 21-22 Mars 2008, *Cah. Arb.*, p. 23, obs. DEBOURG, Cl.

<sup>70</sup> Cour suprême d'Autriche, 20 Oct. 1993, « Radenska c/ Kajo », *Rev. Arb.*, 1998, p. 419, obs. LASTENOUSE, P. et SENKOVIC, P. ; Cour suprême d'Autriche, 23 Fév. 1998, *Rev. Arb.*, 1999, p. 385 obs. LASTENOUSE, P. et SENKOVIC, P. ; *R.D.A.I.*, 1999, p.823, obs. IMHOOS, Ch.

<sup>71</sup> Tribunal de Première Instance de Bruxelles, 06 Déc. 1998 « Sonatrach c/ Ford Bacon & Davis Inc. », *Bull. ASA.*, 1989, p. 213 ; *Journ. des Tribunaux*, 1993, p. 685 obs. KEUTENGEN, G. ; *Yearbook* , 1990, vol XV, p. 370 – 377.

<sup>72</sup> Cour du District de Colombie « Chromalloy Aeroservices c/ République Arabe d'Égypte », 31 Juil. 1996, *Rev. Arb.*, 1997, p. 439.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. « El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización », *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 57, 2005, p. 605 – 637 ; FERNÁNDEZ ROZAS, J. C. « Determinación del lugar de arbitraje y consecuencias del control del laudo por el tribunal de la sede arbitral », *LIMA arbitration*, n°2, 2007, p. 25 – 62.

27. Il convient d'envisager très rapidement un autre aspect du dialogue entre ces deux juges « privé » et public tenant à l'assistance du juge en faveur de l'arbitre. Bien qu'il ne semble pas avoir fait encore œuvre normative au sens strict pour l'instant, il est probable qu'il puisse l'y favoriser.

28. En effet, tel que nous l'avons abordé tout au long de cette intervention, il semble évident que ces deux juges participent désormais côte à côte au fonctionnement d'un système de justice transnationale, sans situation de prévalence de l'un vis-à-vis de l'autre. Selon certains auteurs d'ailleurs, l'accroissement des fonctions d'appui à l'arbitrage des juges étatiques à travers le monde permet d'énoncer que ces derniers se mettent même « *au service* »<sup>74</sup> de l'arbitre. L'ensemble des lois d'arbitrage, telle la loi Espagnole en son article 8 de la *ley de 2003*, paraissent effectivement mettre le juge en situation d'assistance à l'arbitrage. Ils apportent ainsi notamment leurs concours, lors de la constitution du tribunal arbitral en s'assurant de l'efficacité de la convention d'arbitrage menant à l'arbitrage, et de la bonne tenue de sa mission juridictionnelle (nomination récusation des arbitres...) ou encore de l'administration des preuves. Mais il convient de constater que c'est particulièrement en France que le juge se situe dans une position « d'auxiliaire » de la justice transnationale.

29. Ainsi et depuis le décret du 13 janvier 2011, en matière d'administration de preuve détenus par des tiers par exemple, le juge des référés ne pourra voir prospérer une demande d'une partie tendant à la production de preuve que si le tribunal arbitral l'y « *invite* »<sup>75</sup>. En ce sens, le juge étatique sera alors soumis à l'approbation de l'arbitre dans l'accueil de la demande devant son propre prétoire. Nous sommes alors bien loin du monologue stérile du juge envers l'arbitre envisagé au début de nos propos.

Cet état de fait est d'ailleurs confirmé en France où la compétence du juge d'appui<sup>76</sup> est bien plus étendue que dans les autres pays. En effet son concours est certes possible (comme dans les autres pays), si le siège du tribunal a été fixé en France, mais encore, dès lors que les parties lui en ont délégué compétence (par une clause d'élection, ou le choix la loi de procédure française). Mais plus encore, l'originalité du juge d'appui français se révèle par sa compétence par défaut en cas de risque d'un déni de justice international, quand bien même l'arbitrage n'aurait aucun lien avec la France. La mise à disposition du juge dans le but d'assister cette justice transnationale issue d'un droit mercatique est ici flagrante.

---

<sup>74</sup> : LOQUIN, É. « Le juge et l'arbitre », in *Le juge et l'arbitrage [...]*, *op. cit.*, p. 28.

<sup>75</sup> Art. 1469 C.P.C.

<sup>76</sup> Art. 1505 C.P.C.

30. De fait alors, et si ce dialogue juge – arbitre ne participe pas en réalité de lui-même en la création de normes juridique, il ne fait que peut de doute qu’il en favorise cependant son application du fait de l’apport d’un *imperium* quasi systématique à l’arbitre et notamment lorsqu’il utilise la *lex mercatoria*, tout comme il en favorisera certainement la découverte de nouvelles règles.

Concluons simplement cette intervention en remarquant que la justice arbitrale revient de loin. Moribonde au temps de la constitution des États-Nation, l’œuvre créatrice issue du dialogue entre le juge l’arbitre et la doctrine a permis de lui (re)donner toute son autonomie. Autonomie dont le point d’orgue aura été la création de cette *lex mercatoria* qui justifiera ensuite par elle-même la juridicité intrinsèque de l’arbitrage, dans la vision la plus audacieuse de l’arbitrage international. Ce processus de création normative étant en phase d’être abouti, le dialogue juge – arbitre ne pourra alors s’effectuer aujourd’hui que d’égal à égal et dans une perspective d’assistance des juges dans l’application des décisions mercatoristes.